

商品混同に因る不正競争を論ず

堀 部 靖 雄

第一章 總 論

第二章 不正競争防止法に於ける理論

第一節 商品混同の法律的構成

第一款 商品標章其の他の表示方法の意義

第二款 商品混同の法律的構成

第二節 商品の混同

第一款 商品の混同の意義

第二款 商品の混同の成立要件

第三款 商品の混同の法律效果

第一章 總 論

營業行爲に於ける競争が激烈となればなるほど商人は自己の營業又は其取扱に係る商

商品混同に因る不正競争を論ず

品を他の營業又は商品より區別し顧客をして其營業又は商品の特質を知らしめ、其の營業又は商品上に於ける標章其他の記章によりて當該の商人を認知せしむる事を要する。實に此方法による顧客の吸收及び維持は取引上最も多く用ゐらるゝと共に最も有效なるものである、即ち特定の商人の營業又は商品に於ける標章其他の記章は一般顧客をして直ちに商品の產地又は由來地記號として之を認識せしめ、其商人は他人との競争に於て有利なる地位を得るに至る。

斯くの如く營業又は商品に於ける標章其他の表示方法が取引上一般世人又は取引關係者によりて特定の營業者商人は勿論生産業者を含むの取引上の信用を表示するものとして認めらるゝに至るや其營業者は之がために營業上特殊なる利益を得ることゝなるは敢て多言を要せざる所である。

勿論營業又は商品に於ける標章其他の表示方法を如何に使用すべきかは營業者の自由にして正當なる使用によりて生ずる損害は忍ばざる可からざる損害ではあるけれども、各個の營業者が其の利益のために活動し得る範圍は他の營業者との結合に於て極端なる利己的利益を抑止することによりて其所屬する營業部門の全般に涉りて發展を期待し得る場合に限らるべきであるが故に營業又は商品に於ける標章其他の表示方法の使用が前述

の意味に於て反道義的性質を有する場合に於ては之を抑止するの必要あるは言を俟たざる所である、殊に營業又は商品に於ける標章其他の表示方法が既に其經濟的機能を充分に發揮し、取引上其の所持者に一定の利益を提供し得るに至つた場合に於ては之等のものゝ濫用に對する道義的抑壓を法律が要求し得るし、又法律が之を要求すべきは當然である。

然し營業又は商品の標章其他の表示方法につき法律が特別なる保護を與ふることが法律秩序の維持につき絶對的必要なることを認め、之につき特別なる法律規定を置きたる時は營業又は商品の標章其他の表示方法の使用が取引上の道義觀念に反すると否とは其使用による責任の發生に必らずしも必要ではない、従つて例へば商標法、意匠法、實用新案法、商號に關する商法法規等は明らかに營業又は商品に於ける標章其他の表示方法の反道義的使用を抑壓することを目的とした規定であるけれども其の多くの場合に於ては之等法規違反の行爲の責任發生の要件に道義的要素を包含して居ない、唯商號の場合に於て多少の反道義的要素が責任歸屬の原因を爲してゐるにすぎぬ（商法第二十條參照）。

我國に於ては法律に定むる一定の手續例へば登記又は登録の手續を経たる營業又は商品の標章其他の表示方法については當然に其所持者の經濟上の利益を認め、之が僭用又は混用につき何等の反道義的要素を求むることなく法律上の責任を認むるに拘らず、此の形

式的なる手續を踏まざるもの及び踏むことを要せざる場合につきては何等の法律的保護を與へざるを原則として居た、然るに營業者の營業又は商品に於ける標章其他の表示方法は商標法、意匠法、實用新案法、商號に關する商法法規等に於ける特別なる登録又は登記の手續を完了すると否とに拘らず自己の營業又は商品を他人のものより區別し其供給力又は供給範圍を確定し得る利益に厚薄の存する理由を缺くことは之等の標章其他の表示方法成立の理由より觀て明白である、従つて同種の營業の存在する限りに於て必然的に發生する營利行爲に於ける競争の用具として之等の標章其他の表示方法が使用さるゝものとすれば其の反道義的なる使用は反道義的競争の誘發となり之等の標章其他の表示方法の所持者に損害を蒙らしむるは其が登記又は登録せられたると否とに拘らないのである。

即ち一般的に不正競争の防止のために法律的手段を必要とする觀點より觀るならば上述の如き場合に法律的救済を與ふ可きは當然であると云はねばならぬ。

然るに從來我國に於ては登記せざる商號、登録せざる商標、意匠、實用新案等に就いては何等の保護が與へられざるのみならず(前述)登記したる商號、登録したる商標、意匠、實用新案を利用する事によりてなす不正競争につきては何等の規定を設けて居らぬは勿論のこと、商品の記號、包裝貼紙、容器等も營業上の利益を増進せしむるものなるに拘らず之については

何等の法律的保護を與へて居らなかつた(註①)。

昭和九年第六十五帝國議會に於て不正競争防止法が制定せられ、未だ其實施を見ずとも其第一條第一項第一號に於て始めて營業の混同殊に商品の混同につきて規定が設けられ從來の法律上の缺陷を補ふに至つた、以下説明せんとするは此法律に於ける規定を一般的不正競争防止法理論の下に於て説明せんとするものである、即ち此の不正競争防止法は單に一般的不正競争防止法理論の存在を示す一例にすぎざるものとなす觀點から商品の標章其他の表示方法に關する法律的理論に關する一私見を開陳するのが本文の目的とする所である。誤解をさくるために本文の取扱ひ方について之を記して置いたのである。(註②)

註① 之に反し例へば商標につきて云へば既に登録されたる商標の所持者は後に無効審定がなされたる場合に於ても其までは商標專用權を有するものである(昭和三年(オ)一一二九號同四年二月二十一日大審院第一民事部判決、(法律新聞二九八四號一一頁))。商標についても先に登記されたるものが專用權を取得し得るものである、従つて例へば一定の商號を長年月に涉り使用したる者と新に之と同一商號を選定したる者との間に於ても後者が先に登記を爲したる場合に於ては前者は後者に對し商號使用の差止は勿論のこと商號登記抹消をも請求し得ざることとなる、後者に不正の競争の目的がありたる場合に於ても同様である(昭和二年(ア)一九八九號同三年二月十三日大阪地方裁判所判決、(法律新聞二八五九號一一頁參照))。

註② 混同に依る不正競争の各場合及び其性質につきては有馬博士不正競争論三七七頁以下に有益なる研究が爲されて

居る。

第二章 不正競争防止法に於ける理論

第一節 商品の混同の法律的構成

第一款 商品標章其他の表示方法の意義

商品の混同は商品標章其他の表示方法を一般世人又は取引者をして混同誤認せしむることに依りて商品の出所性質を混同誤認せしむる行爲を謂ふ、而て商品標章其他の表示方法とは氏名、商號、商標、記號其他の圖形文様による表示、包裝容器等營業者が特定の商品を他人の商品より區別せんがために其商品上に添付したる凡ゆる表示方法を意味するものである（不正競争防止法第一條第一項第一號參照）。

營業者が自己の商品に商品標章其他の表示方法を添付する目的は之によりて其商品の出所性質を明瞭ならしめ、以て需要者即ち一般世人及び取引者をして其商品標章其他の表示方法により直ちに特定の商品を聯想せしめ、之によりて其商品の需要量の維持、増大を計り、營業上の競争に於て安全なる地位を獲得せんとするに在ることは之を詳説する迄もなく明かである。従つて商品標章其他の表示方法は營利的活動の保護、保全の用に供せらる

べき性質を有するものにして其自身は獨立的目的を有せざるものと云はねばならぬ。

上述する所に據れば或る標章其他の表示方法が商品標章其他の表示方法として認めらるゝには他の標章其他の表示方法と區別され得る程度に於て特徴を有することを要することゝなるは勿論である、而て商品の標章其他の表示方法が此標章的能力 *Kenzeichnungsfähigkeit* (或は表明力即ち我商標法第一條第二項に所謂特別顯著性を有するが故に營業者をして其商品標章其他の表示方法を商品に添付し、之により自他商品の識別の用に供せんとする目的を達せしむるのである、從て特定の商品標章其他の表示方法は其所持者の營業に附着することを要するは當然である。然しながら商品標章其他の表示方法が客觀的意義に於ける營業の構成要素の一なりとは云ひ得ない。何故ならば無體財產權としての商號權(即ち登記されたるもの又は商標權登録されたるもの)は營業財産從つて營業の構成要素に屬すべきは勿論にして營業の讓渡に際して營業と共に移轉さるべきは當然である、例へば登記したる商號に在りては登記なき場合も同様である、我國法の解釋に於ても商人を表示するの效用を有すべきを以て當事者間の特別なる意思表示によりて單獨に讓渡し得る(商法第二十一條參照)も第三者に對抗するがためには登記を爲すことを要し營業と商號との緊密なる關係を認めて居る、又商標法第六條第一項に於ては商標權は營業と共にするに非らざ

れば譲渡することを得ざるものとし、商標權と營業との間に於ける密接なる結合狀態を認めて居るけれども、その他の場合に就いては何等の規定なきのみならず、本來之等は例へば得意先又は營業上の祕密等の如く營業的活動の結果當然に營業に附着するものに非ざるが故である。

然しながら登記又は登録を受けざる商號又は商標は勿論、其他營業者が營業上設定したる標章、其他の表示方法は營業者の營業的活動を助くるに效果あり、従つて客觀的意義に於ける營業其者に有用なる作用を爲すものなるが故に、當事者間に特別の意思表示ある場合に於ては客觀的意義に於ける營業に附加して移轉を爲し得るは勿論である、此意味に於て營業又は商品に於ける表示方法にして商號權、商標權、特許權、實用新案權、意匠權等の如き專用權を有せざるものは當事者の意思による營業的從物又は屬性 *akzessorische Unternehmen-güter* なりと云ひ得る(註①)。

註① Vgl. Callmann; Der unlautere Wettbewerb, 1929, S. 27 ff.; Oppikofer; Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, Vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, 1927, S. 121 ff.

斯くの如く商品標章其他の表示方法は其性質上客觀的營業に於ける無體財産的要素とはならざるも、其附隨的性質によりて之等の所持者に對して經濟的又は交易的價值を與へ

得るものなる事は其繼續的利用の結果或は法律上一定の手續を完了するにより營利的活動に於ける需要量が一定の状態に達し又は少くとも一定の状態を保持し得る事實より之を觀ても極めて明白である。然しながら商品標章其他の表示方法が斯くの如き効果を有するには所謂標章的能力即ち特別顯著性をするを要するは既に述べたる所である、但し商品標章其他の表示方法の標章的能力の取得原因は必ずしも總ての商品標章其他の表示方法に共通なるものではない、例へば氏名其他の表示方法は適法に採用 *Ingebräuchnahme* せらるゝことにより、商標は或場合に於ては登録により、包装容器其他營業上の施設は繼續的に取引上慣用さるゝことによりて所謂標章能力を取得し得べきことは吾人の實驗則に點らして疑なき所であらう。

然るに標章的能力の取得原因が何れにあらうとも總て商品標章其他の表示方法が商品の出所及び性質を一般世人又は取引者に知らしむることによりて其所持者の營業が特質付けられ一定の經濟的利益を後に招來せしむることに於ては少しの差異なきものと云はねばならぬ、従つて商品標章其他の表示方法は其所持者に特別なる利益を附着せしめ、此利益の保護は結局に於て取引の圓滿を計り、其秩序を維持する上に於て缺く可からざるものである、之に加ふるに標章的能力を有する商品標章其他の表示方法の濫用は其所持者に現

實に經濟的損失を蒙らしむるを以て之に對して私法的保護を與ふるも亦必要なりと云はねばならぬ。

第二款 商品の混同の法律的構成

既に述べたるが如く商品標章其他の表示方法が標章的能力を有し、適切なる法律的保護を加ふるを要するに至るべき原因は多々存するであらうけれども之を大別して次の如き三種となし得るであらう(註②)。

註② 此問題に關するモノグラフ的文獻にして筆者の所有するものは Furler; Besitz, Verkehrsregelung, Verwirkung im Wettbewerbsrecht, 1932, Berlin の一のみであるが、尙 Callmann; a. a. O. S. 277 ff. に於ても述べられて居る。

即ち(1)商品標章其他の表示方法の採用 Ingebrauchnahme による優先的使用權或は利益、(2)登記登錄による專用權の發生又は專用利益の發生(3)經濟的又は交易的效力 Verkehrsgehaltung による優先的權能又は利益の發生の三が之である(註③)。

蓋し一定の商品標章其他の表示方法殊に例へば營業者の名稱又は商號の如きが營業者によりて適法に或は取引上の道義觀念に反せざる方法によりて採用されたる場合に於ては一般世人又は取引者をして特定の商品と其商品標章を結合せしめ、之によりて商品の由來地を聯想せしむるのが通常である、従つて最初に又は既に特定の商品上に其商品標章が

採用されたることによりて其專用的利益を採用者に招來せしむべきであり、此種の採用が法律の定むる公示的方法をとりて表はれたる場合に於ては明白に商品標章が商品と法律的に結合し其の混用は反道義的であると否とに拘らず違法なる法律利益の侵害たり得る、又何人によりても使用し得らるゝが如き標章其他の記章又は商品其者の外形的特徴或は商品に附加されたる物の外形的特徴は營業者の慣用によりて少くとも其商品が取扱はるる取引範圍に於ては商品と結合し、直ちに商品の由來地を聯想せしむるか、其の聯想を容易ならしむるは之を詳説する迄もなく明白であるが故である。

而して標章其他の表示方法が採用せらるゝことにより優先的使用權能若くは其の利益を取得し得るが故に經濟上又は法律上保護を加ふべき必要を生ずるものには氏名、商號、其他の特別の營業上の表示が屬し、登錄さるゝ事によりて優先的權能若くは利益を得るに至るものに商標、著作物の標題等が屬し、更に商品上の表示、商品の包裝、容器或は營業上の施設等は經濟的效力の取引界に於ける承認の結果優先的使用權能若くは利益を受くるに至るものである（註④）。

註③ Vgl. Callmann; a. a. O. Anm. 26 zum 16. S. 277.

註④ Vgl. Callmann, a. a. O.; Furtler a. a. O. S. 5. S. 35 ff.

而して登録によりて優先的權能若くは利益を受くるに至つた商標、意匠、實用新案につきては其不正使用が爲さるゝ場合は其性質より云はば不正競争たり得るけれども必ずしも反道義的要素を必要とせざるを以て別個の違法行爲として取扱はる可きである（不正競争防止法第六條參照）。又登記したる商號につきても優先的權能若くは利益即ち專用權が生ずるは商法の定むる所である（商法第二十條參照）。然るに不正競争防止法に於ては何等の除外例の規定を設けず、且つ商品上に於て登記済商號を使用するは明白に不正競争たるが故に商法第二十條の規定と不正競争防止法の規定とが競合的に適用さる可きである（註⑥）。

註⑥ 獨逸不正競争防止法第十六條の營業混同の防止に關する規定は民法第十二條及び商法第三十七條の規定と競合する、殊に民法第十二條に於ける規定の適用範圍と不正競争防止法第十六條に於ける規定の適用範圍は同一となつて居る（Vgl. Becher: a. a. O. S. 204 ff.）、然し商法第三十七條の規定には地域的制限があるに拘らず不正競争防止法の規定は其制限がなく且前者の目的は一般的利益の保護を目的とせるに拘らず後者は競争の相手方の保護を目的とする點に於て競合關係が民法第十二條に於ける程でなく（Vgl. Becher: a. a. O. S. 224）、然るに不正競争防止法第十六條の適用のなさるゝには商號の權能ある使用が爲されたるを以て足るに拘らず、他の場合は權能なき使用が適用條件を爲して居る點に於て區別が爲され得る。我國の場合に於ては不正競争防止法第一條第一項第一號の場合に商號の不正使用の結果商品混同が生じたる事を要するに反し商法の規定は然らざる場合に於ても適用さるゝが故に一般的に云へば商法の規定は一般的規定にして不正競争防止法の規定は特別規定なりと云ひ得る。

登録又は登記の制度によりて専用權の發生する場合を除き、現實の使用又は經濟的效力の發生の二事實は法律的事實には屬せず單なる事實關係にはすぎないけれども商品標章に對して特殊なる一定の經濟的價值を與ふるに至り、之がために取引上其商品標章が保護さるゝ事を要するに至る事は多言を要せずして明かなる事實である、然し之がためには商品標章が一定の營業者の占有に屬する事を要する、蓋し商品標章が何人によりても使用し得らるゝが加き性質を有する場合に於ては其商品標章は特定の營業者に附着せず其者によりてのみ利用し得られざるものなるが故に利用なる事實によりて商品標章が一定の營業者に附着し得るものにあらずれば其使用又は經濟的效力の發生はあり得ざるが故である（註⑥）。

註⑥ 商品標章の使用によりて其占有狀態が營業者に生じ、使用なくしては占有狀態は存続しないことは確かである（Vgl. Furler; a. a. O. S. 6 ff.）、從て商品標章の占有は商品標章についての優先的使用權能若くは利益を生ぜしむる原因であるとも云ひ得る、然し營業的活動を伴はざる商品標章の占有は法律上之を保護するの必要を有しないであらうから商品標章の占有を以て其優先的使用權能又は利益の發生の唯一の要件なりとは斷言し得ないであらう。

上述せる所によれば商品標章が營業主體に現實に占有され且つ現實に使用さるゝ場合に於て其は其營業主體のために得意先關係の形成維持擴張を爲し得るの經濟的狀態を發

生ぜしめ、其がために營業主體に對して一定の經濟的財産的價值を生ずるの理である、從つて此狀態を僭用する事は營業主體に對し不當なる財産的損害を與ふるに至り、不正競争が成立し得るは勿論である。

而して斯くの如き經濟的状態はあらゆる營業主體につき共通的に發生すべきものにして商品標章其他の表示方法が特に特定の營業主體の營利的活動に密着せる場合に於てのみ其營業主體に一定の經濟的財産的價值を生ぜしむるが故に法律上不正なる攻撃より之を保護することを要すべきである(註⑦)。不正競争防止法第一條第一項第一號に於ける規定は此要求を充すに足る規定であるけれども此規定によりて將して商品標章其他の表示方法に於ける經濟的状態殊に之等の上に於ける占有状態が一私權の客體を爲すや否やは甚だ疑はしい、然しながら既に述べたるが如く之等のものは當事者間の意思によりては他の營業上の事實關係例へば營業上の祕密、得意先關係等と同じく單獨移轉の目的たり得るのみならず、其が營業に使用さるゝ、限りに於ては營業主體の企業 *Unternehmen* を構成する一部を爲し、營業主體に一定の經濟的價值を生ぜしむるが故に所謂標章權 *Kennzeichnungsrecht* の客體を爲すものなりと考ふる者がある(註⑧)。之等の考へ方は不正競争の侵害物體を以て企業に於ける權利 *Recht am Unternehmen* 即ち一種の無體財産權なりとなす理論の延長

にすぎないのである。又商品標章其他の表示方法は營業主體の營利的活動と密着するところが其存在及び存續に必要缺く可からざる事實より觀る時は營利的活動權の法益を爲すものなりと論じ得る。蓋し營業上の自由競争は各個人が其の極端なる利己的利益を抑壓することによりて自己の所屬する産業部門の發展の妨害を爲さざる範圍内に認めらるべく、其當然の結果各人は少くとも自己の正當なる營利的活動を妨害せられざることにつきて利益を有し權利 (Recht auf ungehinderte gewerbliche Betätigung) を有すべきは何れの國に於ても差したる困難なくして認めらるべきであるし、商品標章其他の表示方法は營利的活動の用具にすぎざるが故に之を以て上述の如き營利的活動權の目的となし得るが故である。

商品の標章其他の表示方法が營業主體の營利的活動と結び付くことによりて其營業主體に一定の經濟的財産的價值を與へ、其の不正なる使用を防止することが法律上營利的活動に於ける自由競争の秩序を維持するに必要な以上、其が企業に於ける無體財産權的要素を構成するか或亦其が營利的活動に於ける人格的權利の目的となり得るかは之をしばらく論ずるを止むるも商品の混同の法律的構成につきては差したる不都合を生ずることなきものと信するのである。何故ならば不正競争につき不正競争防止法が損害賠償、行爲差止の權利の發生を認むるは營業行爲に於ける手段が不正なる場合に於てであり、必らずし

も權利の侵害が立證せらるゝ事を要せざるものとなすを以て（同法第一條第一項參照）商品の混同は權利侵害を要件とする不法行爲に屬する事なきものと云ひ得るからである（註⑧）。

然しながら後述するが如く商品の混同の成立には行爲に不正の競争の目的ある事を要し且つ商品標章について發生せる營業主體の經濟的地位を侵害するものなるを以て民法第七百九條に於ける不法行爲と其成立要件の類似する所あるが故に同條の準用せらるべき行爲なりと觀る事を得る、されば營業の混同は一の準不法行爲として損害賠償の義務を伴ひ、行爲差止請求權を發生せしむるものとす。

註⑦ 商標法に就いて觀るに同法第一條第二項に於て「登録ヲ受クルコトヲ得ベキ商標ハ文字、圖形特別顯著ナルモノナルコトヲ要ス」となすを以て特別顯著性を有する商品標章のみが登録によりて商標權の目的物となる、而て或商標が自他の商品を甄別する標識として特別顯著性を有するや否やは「一定の商品に對する關係に於て該商標が一般取引上如何なる印象を與ふるや」によりて決定さる可きであり登録によりて商標權を認め、之を保護するは「商標と一定の商品との關係を保持し」商標の誤認に依る商品の混同を來し不正の競争を生ぜん事を防止せんがためである（昭二（オ）一〇九三號同三年四月一〇日大民判決、判決要録第十九卷一二〇八頁、法律新聞二八四六號五頁）。斯くの如き考へ方は商品標章上に於ける營業主體の經濟的地位を認むるに非らざれば爲されざる考へ方であり、且つ此理論は登録の制度の認められざる標章及び登録を爲さざるものについて異にすべき根據を缺く、從て上掲の觀念も理論上謬なきを信するものである。

註⑧ 例ぐゞ Furter; a. a. O. S. 13, Goldmann; Das gesamte Wettbewerbsrecht 2 Aufl. S. 362. 特に勝本正晃氏「不

正競争防止法の理論及び適用」法律時報第六卷第七號十五頁——十六頁、十二頁につきて見られ度い。

第二節 商品の混同

第一款 商品の混同の意義

商品の混同とは不正の競争の目的を以て取引上廣く認識せらるゝ他人の氏名、商號、商標、商品の容器、包裝其他他人の商品たることを示す表示と同一若くは類似のものを使用し、又は之を使用したる商品を販賣若くは擴布して他人の商品と混同を生ぜしむる行爲を謂ふ（不正競争防止法第一條第一項第一號）即ち商品の混同は競争關係に立つ他人が營利行爲の結果得たところの營業又は商品の標證、記章其他の表示方法の經濟的又は交易的效果を僭用する事によりて自己を益せんとする行爲の一種である。

營業上の競争は營業者の自由に屬する所なるも其營利的行爲に於ける自由競争が經濟上合理的に認めらるゝは自由競争に於ける手段が正當なる場合、即ち其手段が眞實性を有し、營業行爲と實質的關係 *sachliches Verhältnis* を有し、自立的性質を有し、更に適法性或は契約適應性を有する場合に於てである（註①）。

註① Vgl. Calmann, a. a. O. S. 37 ff. 拙稿「獨逸不正競争防止法の基本的理論」彙報第二十二卷一四頁以下參照。

然るに商品の混同は既に述べたるが如く他人の商品上の標章の僭用にして其行爲自體

は眞實性 *Selbständigkeit* を缺き更に自立性を有せざるものなる事は説明を俟つまでもないであらう、されば商品の混同が不正競争たる性質を有するの理由は上述の點に之を求め得るの理である、従つて商品の混同は行爲者の主觀的意思殊に競争目的如何に拘らず不正競争たり得るものであり、行爲者に競争意思ありや否やは本來問題となる可きはすがない、然るに我不正競争防止法の下に於ては「不正の競争の目的」によりて商品の混同を爲す事を要するが故に行爲者の意思も亦其要件を爲すものと云はねばならぬ（註②）。

註② 獨逸不正競争防止法第十六條に於ては行爲者の競争目的 *Zweck des Wettbewerbes* を營業の混同の要件と爲して居らぬ、又英國法に於ても行爲者の競争目的は其成立要素を爲して居らぬ。

上述の如く我不正競争防止法に於ては商品の混同は取引上廣く認識せらるゝ他人の商品標章と同一若は類似のものを使用し又は之を使用したる商品を販賣若くは擴布し他人の商品と混同を生ぜしむる行爲なるを以て其成立には(1)行爲者に不正の競争の目的ある事を要し、(2)混同さる可き商品標章は取引上廣く認識されたる事を要し、(3)商品の混同されたること即ち他人の商品標章と混同するに足る方法に於て其と同一若は類似の商品標章を使用したる事を要する事となる。

第二款 商品混同の成立要件

我不正競争防止法の下に於ては商品の混同を生ずるがためには次の如き要件の存する事を要す。

第一、行爲者に不正の競争の目的あること。

不正競争とは直接に法令に於て禁止されたる營業上の手段により又は取引上に於ける良俗即ち信實正義の觀念に反するが如き手段によりて營業上の競争を爲す事を意味する、而して營業上の行爲が競争關係に立つや否やは客觀的事實なるも行爲者に競争的意圖あらざる場合に於て競争より生ず可き責任を行爲者に歸屬せしむること能はざるは説く迄もなきを以て不正競争は競争の企圖を以て不正なる競争手段を行つた場合を指稱すべきである。然るに營業者に於ける競争的意圖は其營業者が多數の同業者の存在を知れる場合又は知らざる可からざる場合に於ては當然に其營業者に存するものと云はねばならぬ、従つて不正競争防止法第一條第一項に於ける「不正の競争の目的」の意義を定むるに當り行爲者に競争の意圖ありや否や、或は其意圖が不正なりや否やは問題ではない（註①）。而して同條同項第一號に於ける行爲即ち他人の商品標章と自己の商品標章とを混同せしむる行爲は其自身取引上に於ける良俗即ち信實正義の觀念に反する事は之を説く迄もない、されば同條に於ける行爲が不正の競争の目的の下に於て爲されたりや否やは行爲者に不正競

爭を成立せしむる意圖乃至希望を有するや否やによりて決定さる可き問題に非らずと云はねばならぬ(註②)。

營業上の行爲が不正競争なりや否やは其行爲が競争の意圖を以て爲されたりや否や、更に進んで其行爲が競争の手段として不正なりや否やによりて決定さる可き問題にして既に述べたるが如く行爲者が同業者の存在を知り又は知らざる可からざる場合に於て營業上の手段として非合法的、反契約的行爲を爲すか、非眞實性、非自立性の行爲を爲すか或は營業行爲と實質的關係を有せざる行爲を爲したる場合に於て其行爲は不正競争となるのである、されば不正競争防止法第一條第一項第一號に於ける「不正の競争の目的を以て」商品の混同を生ぜしめたる場合とは行爲者が同一商品に於ける自己の商品標章と同一又は類似の標章が他人によりて既に使用さるゝの事實を知り又は知らざる可からざるに拘らず之を使用し又は其使用したる商品を販賣、擴布する行爲を意味するものと云はねばならぬ、即ち同條に於ける「不正の競争の目的を以て」とは商品の混同につきては「商品標章其他の表示方法が他人の其と混同するの虞あるを知り又は知らざる可からざるに拘らず」と云ふ意義に解す可きである。

註① 競争は其自體常に正當である、従つて競争の意圖乃至希望は不正なる性質を帶ぶ可き理由は存しない。

註②

不正競争の成立要件の一として少くとも不正の競争を成立せしむる意思乃至希望の存する事を要すと爲す者がある（奥野氏「不正競争防止法ニ就テ」法曹會雜誌第十二卷第六號六頁、昭八（オ）三二七一號同九、五、一七、大民一、七四二頁參照）、然し競争行爲の正不正は其手段が客觀的に正なりや、不正なりやによりて決定さる可き問題にして行爲者の意圖乃至希望を以て其決定の標準となす可きではない、又或は不正競争の成立には行爲者に不正競争たる可き事の認識あれば足ると爲す者がある（勝本正晃氏「不正競争防止法の理論及び適用」法律時報第六卷第七號一七頁）、此考へ方も本文に於ける考へ方の範圍に於てのみ正しい、而して此考へ方も競争手段たる商品の混同が手段として取引上の良俗に反す可き事を認識すれば足りると解す可きであらう、もしそうすれば行爲者が自己の使用したる商品標章が他人によりて既に使用され居ることを知り、又は知らざる可からざる場合及び一定の商品標章を有する商品が既に取引上廣く他の商品に附加され居る事を知り又は知らざる可からざるに拘らず斯る標章の附加されたる商品を販賣し又は擴布したる場合に於て不正競争たる商品の混同を生ず可きものと爲さればならぬ。

第二混同さるべき商品標章其他の表示方法が取引上廣く特定商品の標章其他の表示方法なる事を認識せられたる事を要す。

商品の標章其他の表示方法が取引上廣く認識さるゝ事を要すとは特定の標章其他の表示方法により其附加されたる商品の出所若は品質が一般公衆又は同一若くは類似の商品を取扱ふ營業者により直ちに認識さるゝ状態を意味する事は之を説く迄もない。従つて一定の商品標章其他の表示方法が他の同一又は類似のものと區別さるゝに足らざる場合

に於ては不正競争防止法に所謂取引上廣く認識されたるものなりと云ふ事を得ざるや明である(註③)、故に一定の商品標章其他の表示方法が特定の營業に附着するもの即ち標章其他の表示方法により特定の營業を聯想するに足るものに非らざる限り取引上廣く認識されたるものとなす事を得ない(註④)、されば單に商品の品質を表示するにすぎざる標章其他の表示方法 Beschaffenheitsangaben、所謂自由標章 Freizeichen 等は(註⑤)原則として此場合に屬せざるものと云はねばならぬ(不正競争防止法第二條)。

註③ Vgl. Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1929, Ann. II zum § 16, S. 267.

註④ 我商標法第一條第二項に於て「登録ヲ受クルコトヲ得ヘキ商標ハ文字圖形若ハ記號又ハ其結合ニシテ特別顯著ナルモノナルコトヲ要ス」と定め、所謂商標の特別顯著性は「商標自體ノ構造ノミニ依ルニ非スシテ一定ノ商品ニ對スル關係ニ於テ該商標カ一般取引上ニ如何ナル印象ヲ與フルヤニヨリテ定ムヘキ」ものにして「一般取引者及需用者間ニ廣ク上告人ノ製造販賣ニ係ル藥劑ノ商標トシテ認識サレタルモノナレハ實際上特別顯著性ヲ有ス」可きものである趣旨の我大審院の判決(昭和二年(オ)一〇九三號同三年四月一〇日判決、法律新聞二八四六號五頁)に於ける理論は亦此場合にも適用され得る。

註⑤ 商品の品質を表示する標章其他の表示方法は商品の品質を表はすべき文字は勿論の事、取引上通常の用法に従ふ使用によりて取引觀念及び通常の用語例に従へば商品の品質を示すに足るものをも含む、例へば繪畫、肖像等も商品の品質を示し得るに足る場合があり、外國文字も此場合に屬し得べく、特定人の氏名も同様である、自由標章とは其標章自體は商品の出所 Herkunftsquelle を表示するに足るも取引上一般に廣く同種商品に使用さるゝがために

其特性を失ひたるものを謂ふ (Callmann, a. a. O. Ann. 19 zum § 16, S. 270)、之等のものは原則として法律上保護を爲すべき必要なきも、特定の營業者により慣用さるゝ結果其營業に附着するに至る場合がある、斯くの如き状態を生じたる場合に於ては單に品質を表示するものにすぎざるもの又は自由標章も商品標章其他の表示たり得るものなりと云はねばならぬであらう(前掲大審院判例參照、又獨逸法につきては Vgl. Callmann; a. a. O. Ann. 17c-19, S. 269 ff.)。

第三、商品が混同されたることを要す。

商品が混同さるゝは結局商品標章其他の商品の表示方法が混用さるゝ結果生ずるのである、而して商品の混同は商品の出所若くは品質につき世人を欺瞞する虞あるが故に不正競争たり得る事は既に述べたる所である、従つて商品標章其他の商品の表示方法の混同が商品の混同を生ずるがためには其混用が一般世人を欺瞞するに足る事を要するは勿論なりと云はねばならぬ。

或る營業者が他人の商品上に於ける標章其他の表示方法と同一のものを自己の商品に使用したる場合及び斯くの如き商品標章又は表示方法の使用されたる商品を販賣又は擴布したる場合に於ては當然一般公衆を欺瞞するに足る可く問題は極めて簡單なるも、使用されたる商品標章其他の表示方法が他のものと類似の場合につきては如何なる程度に類似する時に商品の混同を生ずるの虞ありや否やは極めて困難なる問題である。

或る商品標章其他の表示方法が他のものと混同さるゝ危險ありや否やは一般公衆が其商品標章其他の表示方法を通常の注意を以て見たる場合に其商品が一般公衆の既に知りたると類似の商品標章其他の表示方法を有する他の同一の商品又は同種の商品として同一の營業者に由來するものと觀念し得るや否やによりて決定さる可く、若し商品が生産者より商人に販賣又は擴布さるゝ場合には同一若は類似の商品を取扱ふ範圍の一般商人によりて斯く觀念せらるゝや否やによりて決定すべき問題である(註⑥)、從つて商品につき混同を生ずるや否やは各場合に於ける事情を參酌して之を決定すべきである。而して之を決定するにつきての一般的標準は商品標章其他の表示方法を構成する各部分を總括したる全體につき離隔的に觀察することにして問題となりたる商品標章其他の表示方法による聯想のために商品の出所由來若くは品質につきて誤認を來たす場合は商品の混同を生ずる場合であると云はねばならぬ(註⑦)。

商品標章其他の表示方法が混同されたる事實は混同の虞ある商品標章其他の表示方法が使用され若は斯くの如き商品標章の附加されたる商品が販賣又は擴布されたる事實によりて證明し得らるゝ而して商品につき販賣の提供がなされ現實に販賣され又は擴布さるゝに非れば我不正競争防止法の解釋としては不正競争は生じ得べきものに非らざるが

故に混同の虞ある商品標章其他の表示方法を使用したる場合とは僭用者が斯くの如き商品標章其他の表示方法を附加されたる商品を販賣に供する意思を以て販賣し得る状態に置きたる場合なりとなす事を得べく、斯くの如き商品の販賣又は擴布を爲す場合とは僭用者は勿論僭用者に非ざるも他の商品に同一又は類似の商品標章其他の表示方法の附加され取引上流通せる事を知れる者、混同の虞ある事を知れる者が現實に此の如き商品を流通に置きたる場合なりと云はねばならぬ。

然しながら商品標章其他の表示方法其者は混同の虞あるべきものとするも其が使用されたる商品が全然別種のものに屬する限り、競争關係は生ずるの理なきを以て異種商品につき商品標章其他の表示方法が同一若くは類似のものなりとも不正競争は成立せざるものとす（註⑧）。

又既に述べたるが如く我國法上商品の混同を生ずるがためには混同者に於て不正の競争の目的あることを要するが故に事實上商品の混同を生ずるも通常の營業者の有する注意程度を以てしては同一又は類似の他の商品標章其他の表示方法の存在せる事を知り得べからざりし場合に於ては其者に法律上の責任を課する事を得ざることも明白である、従つて此の如き場合に於ては不正競争は成立せざるものと解せねばならぬ。

註⑥ Callmann; Der unlautere Wettbewerb, 1929, Ann. 34-44, zum § 16, S. 334 ff.

註⑦ 大正九年(オ)七二七號同年十月二十九日大審院判例を始めとし、大正十三年(ネ)二九二號同十三年七月十五日

(法律新聞二三一二號一三頁)昭和二年(オ)四六號同年四月十二日(法律新聞二六九三號)、昭和三年(オ)一三一六號同四年五月二十二日(法律新聞三〇三三號一三頁)昭和四年(オ)一一〇四號同年十二月二十四日(法律新聞三八二號一五頁)昭和六年(オ)二八三一號同七年六月二十日(判決錄民事第十一卷一四九三頁以下)等に於ける大審院判決に於ては同趣旨の理論が商標の類似性に關して示されて居る、而して之等の判決例につきて觀るに例へば商標が文字より成る場合に於ては其文字及び其他の構造に於て外觀上多少の差異ありとするも取引者又は一般需要者に於て其稱呼より直ちに他の商標を聯想するが如き場合に於て商品の混同を生ず可きである(昭和二年(オ)四六號の判決、大正十四年一九三號特許局審決(法律新聞二四七七號一三頁))として居る、之等の理論は直ちに不正競争の場合に之を當て該ることを得るは勿論である。

註⑧

商標の混同につき同趣旨の判決が大審院の判決例に多數あらはれて居る、例へば昭和三年(オ)一三一六號同四年五月二十二日(前出)、昭和三年(オ)一二五號同年三月二十九日(法律新聞二八五七號一〇頁)等であり、此外に特許局審決にも表はれて居る、例へば大正十四年大一號、法律新聞二四六九號九頁、大正十四年二〇八號、法律新聞二四九八號一二頁)、大正十三年(抗)四八八號(法律新聞二四八六號一六頁)等が之である。

第四、上述の要件を具備したる場合に於ては商品の混同に因る不正競争が成立するも商品標章其他の表示は氏名、商號、商標、商品の容器包裝記號其他の總ゆるものを含むを以て各場合に關する問題は上述の如く單純に之を論ずる事を得ない、殊に人の氏名が商品標章を構成する場合に於て然りとする蓋し各人につきて氏名權が認めらるゝと否とに拘らず各人

は自己の氏名を法律上事實上行使し得るの利益を有し、斯くの如き利益は之を保護するの必要あるは論を俟たざる所であるが故である。然し此場合に於ても自己の取扱ふ商品と他人の取扱ふ商品とが同一又は同種に屬する限り、其者は取引業者として既に他人の商品が自己と同一氏名を以て其標章とし而も其他人が自己と同一の氏名を有する者なる事は之を知らざる可からざる事に屬するを以て敢て自己の氏名を商品上に使用するは明かに不正の競争の目的あるものと觀ざるを得ないであらう。

尙商品標章其他の表示方法なりとも商標法、實用新案法又は意匠法に於ける規定に登録したるものにつきては之等諸法律の定むる保護及び民法第七〇九條の規定の適用を受け不正競争としては論ぜられない事は既に述べたる所にして（不正競争法第六條）、商號が登記されたる場合に於ては商法第二十條の適用を受く可きである。

第三款 商品混同の効果

商品の混同に因る不正競争を爲したる者は之によりて生じたる損害については賠償の責に任じ、被害者より行爲差止の請求を受くる（不正競争防止法第一條第二項）。

第一、損害賠償

不正競争によりて生ずべき損害は被害者の喪失したる現在及び將來の損失なるは明白

なるも其損失の測定の標準は不法行爲に於ける場合の如く明確に非らざるものである然し營業上の競争關係の結果生ずる損失は自己の商品に於ける供給量の減少なるの理なるを以て此場合の損失測定の標準も此所に在りと云ひ得る其他損害賠償の範圍及び其效力につきては民法第七百九條以下に於ける不法行爲の理論に準じて決定さる可きである從つて被用者が使用者のために商品混同を爲したる場合に於ては民法第七百十五條の準用によりて使用者が其責に任じ既に發生したる損害賠償請求權につきては胎兒は既に生れたるものとして取扱はれ民法第七二一條其他過失相殺損害賠償請求權の消滅時效につきても民法第七百二十二條及び同第七百二十四條の規定が準用さるる(註①)。

註① 勝本氏、前掲一八頁

商品混同を生ぜしめたる者は他人と同一又は類似の商品標章其他の表示方法を使用したる者に止まらずして斯くの如き商品標章其他の表示方法を使用したる商品の販賣又は販賣の方法によらずして商品の配布を爲したる者も亦此内に包含さるる。

而して商品の混同により損害賠償請求權を有する者は先づ第一に商品標章其他の表示方法の上に特別なる經濟的利益を有する者即ち商品標章其他の表示方法の占有者なるべきことは商品標章其他の表示方法が其占有者の營業と結合することによりて一定の經濟

的價值を生ずることより觀て明白である、然し特定の商品標章其他の表示方法の附加されたる商品を販賣又は擴布する者も亦其混同によりて經濟的利益を喪失する事は商品標章其他の表示方法が現實に利用さるゝことによりて一定の交易的效力 *Verkehrsgeltung* を其營業に生ず可きを以て此の如き者も亦損害賠償請求權を有することを得る者なりと云はねばならぬ(註②)。

註② 損害賠償請求權を有し得る者は一般に損害を蒙りたる同一又は類似の商品の製造者又は販賣なりと爲すは(勝本氏、前掲同處)此場合に於ては本文に於けるが如く許すべきである。獨逸法に於ては他人の氏名、商號其他營業又は企業若くは印刷物に於ける特別の表示を混同せしめたる場合に於ては其他人により行爲差止の請求を爲し得る旨を定め(同國不正競業防止法第十六條第一項)、利用者が混用によりて混同を生ずる事を知りたる場合又は知らざる可からざる場合に於ては其者は損害賠償の義務を負ふものと定めて居る(同第二項)、之獨逸法に於ては商品の混同につきては競業目的を必要とせざるが故に生じたる結果である。

第二、行爲差止請求權の發生

商品の混同ありたる場合に於て加害者に損害の賠償を爲さしむるも其狀態を排除するに非らざれば被害者の救済は完全になされざるのみならず不正競争の防止の目的を達する事を得ない故に不正競争防止法に於ては裁判所は被害者の請求により損害賠償に代へ又は損害賠償と共に行爲の差止を命ずる事を得る旨を定めて居る(同法第一條第二項)、而して

同法に於ては「前項の行爲を爲したる者に對しては」と規定するを以て商品の混同が成立せる場合に於てのみ此請求權が發生する、但し現實に損害を生じたりや否やは之を問はず、單に商品の混同が將來繼續すべき危險存するを以て足りる（註③）。

註③ 勝本氏前掲同處、既に説明せる如く獨逸不正競爭防止法第十六條に於ては行爲差止請求權は行爲者に故意過失なき場合に於ても成立し得べきこととして居る、蓋し獨逸法に於ては商品の混同は純客觀的狀態にして混同を生ず可き危險ある場合には行爲者の主觀的要件の有無に拘らず不正競爭たるものと爲すが故である、英米法に於ても後述する如く損害賠償請求權及び行爲差止請求權（injunction）の發生には名義上の損害あるを以て足るものとして居る。

（九、一二、三、稿了）

追記 本稿作成後昭和十年一月一日より不正競爭防止法は實施せられた。